

# ドイツにおける発信者情報開示請求

——著作権侵害と人格権侵害それぞれの場合について——

毛利 透\*

## 目 次

- I はじめに
- II 著作権侵害に対する発信者情報開示
  - 1 テレメディア法の規定
  - 2 著作権法101条
  - 3 実体的要件について
  - 4 裁判手続に関する規定
- III 人格権侵害に対する発信者情報開示請求の導入
  - 1 法改正までの経緯
  - 2 テレメディア法改正
  - 3 新設条文の解釈
  - 4 連邦通常裁判所による最初の解釈
  - 5 キュナスト事件

## I はじめに

インターネット上の匿名表現による権利侵害への救済を表現者自身に求めるためには、その表現を行った者を発信者情報開示によって特定する必要がある。日本では、この発信者情報開示のための要件は「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」4条で定められているが、その要件、特に開示請求者の「権利が侵害された

---

\* もうり・とおる 京都大学大学院法学研究科教授

ことが明らかであるとき」という権利侵害の明白性要件（4条1項1号）や、開示のための裁判手続の負担をめぐって議論が続いているのは周知のところである。私は2017年に、日本の議論状況への問題関心を背景にもちつつ、アメリカでの判例・学説状況について検討する研究を公にした。その中では、アメリカで表現の匿名性が憲法上の保護に値すると考えられ、その根拠は主に「顕名化がもたらしうる表現者への圧力に対する警戒」に求められていること、具体的な要件としては、請求者に自己の主張を支える「一応の証拠」を示すことを求める判例の傾向が見られることなどを説いた<sup>1)</sup>。

一方、同論文で私は、「ドイツでは、知的財産権侵害の場合以外には、私人からの発信者情報開示請求は認められていない。人格権侵害については、法政策的に、被害者が訴訟のために表現者を特定する利益よりも、表現者のプライバシー保護を優先させているのである。」と指摘していた<sup>2)</sup>。当時において、ドイツはこの点での比較法的検討の対象とはなりえなかったのである。しかし、この「法政策」は、実際には同論文公表直後に変更された。2017年にドイツで、SNS に対し違法表現の削除義務を厳しく課す法律（Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG）が制定されたことは広く知られているが<sup>3)</sup>、同法を含む新法は同時にテレメディア法（Telemediengesetz）も改正し、これによりドイツでも名誉毀損などの人格権侵害に対

---

1) 毛利透「インターネット上の匿名表現の要保護性について——表現者特定を認める要件についてのアメリカの裁判例の分析」『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（樋口陽一ほか編、2017年）187頁、211-12頁。

2) 同195頁注15。

3) 鈴木秀美「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由」『戸波江二先生古稀記念憲法学の創造的展開 上巻』（2017年）577頁など参照。正式名称は「ソーシャルネットワークにおける法執行の改善のための法律」である。Netzwerkdurchsetzungsgesetz は公式の略称であるが、「ネットワークの実現のための法律」という意味にしか取れず、法律名称およびその中身に合致しない。鈴木論文の「SNS 対策法」という呼称は、内容的に示すものであるが、今度は必然的にドイツ語の略称から離れてしまう。本稿では、日本語化を断念し、NetzDG というドイツ語の更なる略称を用いることにする。

する発信者情報開示請求が法的に認められるようになったのである。NetzDGについては、その実施状況などについて関心が持続的にもたれているが、同法と同じ法律で定められ、したがって違法表現抑止という同様の目的をもたされた、テレメディア法による発信者情報開示についての詳しい紹介・分析はまだなされていないようである。本稿は、ドイツでもテレメディア法改正で認められるようになった人格権侵害に対する発信者情報開示請求について、現時点までの議論を整理して紹介することを主な目的とする<sup>4)</sup>。ただし、そのためには、以前から認められていた知的財産権侵害に対する発信者情報開示請求から論じる必要がある。人格権侵害に対する情報開示請求制度を構築する際に、先行するこの制度がおおいに参考にされたからである。知的財産権侵害の中でも、実務上最も多く用いられ、かつ解釈論上の議論も多い著作権侵害に対する発信者情報開示を中心に検討する。

## II 著作権侵害に対する発信者情報開示

### 1 テレメディア法の規定

テレメディア法14条2項は、2007年の同法制定当初より、刑事訴追や危険予防、憲法擁護などの目的とならんで、「知的財産権の実現」のために必要な場合にも、「サービス提供者は、権限ある地位の者の命令 (Anordnung der zuständigen Stellen) に基づいて、個別事例における固定

---

4) 私はかつて、ドイツでのプロバイダ責任法理を検討した際、それがかなり広く認められている背景の一つに、知的財産権侵害の場合以外には発信者情報開示が認められていないという事情があると指摘した。匿名表現で人格権を侵害された被害者は、事実上、プロバイダを訴えるしか手がないので、その免責をあまり広く認めるわけにはいかないのである。毛利透「ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開」新世代法政策学研究15号(2012年)31頁、75-76頁。2017年の法改正により発信者情報開示の範囲が広がったことがプロバイダ責任の範囲の理解にどのような影響を及ぼしているかにも興味がわくところであるが、今回の検討はその点にまでは及んでいない。

データの情報を提供することが許される。」と規定する。同規定は、15条5項4文において利用データにも準用され、ネット上のあらゆるデータについて知的財産権の実現のための情報開示が認められていることになる<sup>5)</sup>。

とはいえ、このテレメディア法の規定は、あくまでも個人データ保護との関係で、サービス提供者に対する情報提供の禁止を解除するための規定であると理解されており、実際にサービス提供者に対して開示を求めるには、それを認める積極的根拠規定が必要だと解されている<sup>6)</sup>。知的財産権

---

5) 「権限ある地位の者」とは、公の機関を指すようにも思われるが、後に紹介するように、著作権法などの知的財産権についての個別法は、開示に裁判官の命令を必要とする情報の範囲を限定しており、一定の場合には私人からの請求に対する任意開示を認めている。このことと整合的に理解しようとする、私人からの請求もここでいう「権限ある地位の者の命令」に含まれると解釈するしかない。Vgl. Peter Schmitz, TMG §14, Rn.42, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2018, S.493f.

テレメディア法上、「固定データ (Bestandsdaten)」とはサービス提供者と利用者の契約関係についてのデータ (14条1項)、「利用データ (Nutzungsdaten)」とはテレメディアの個別の利用に関するデータ (15条1項)であるが、本文で述べたように、情報開示との関係では同じ規律に服するとされているので、本稿では両者の区分論には立ち入らない。なお、本稿は、ドイツの文脈では、テレメディア法が用いる「サービス提供者 (Diensteanbieter)」という語と「プロバイダ」とを互換的に用いる。

テレメディア法の情報開示に関する規定については、2020年の「極右と憎悪犯罪の克服のための法律 (Gesetz zur Bekämpfung der Rechtsextremismus und der Hasskriminalität)」の一部分として、危険予防や犯罪捜査などのための情報開示手続をより詳細に定める改正が目指されていた。この法案は連邦議会、連邦参議院を通過したのであるが、同法中のNetzDG改正部分の、SNSは違法だという苦情を受けて削除した掲載内容の情報をすべて連邦刑事庁に通知しなければならないという規定を、シュタインマイヤー連邦大統領が基本法違反と判断して、基本法82条1項の定める認証を拒否するという異例の事態が発生した。Vgl. BT-Drs. 19/23867 (2020)。そのため、テレメディア法の改正も成立していない。さらに、NetzDGの別の改正法案 (BT-Drs. 19/18792 (2020))の中で、テレメディア法14条にも、要件が満たされる場合にはプロバイダが情報開示の義務を負うことを明確に示す趣旨の修正を加えることが目指されているが、この法案は2020年12月1日時点ではなお連邦議会で審議中である。

6) Schmitz (Anm.5), Rn.28 (S.490); Gerald Spindler/Judith Nink, TMG § 14, Rn.6, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 3.Aufl. 2015, S.2077.

実現のための開示請求については、個別の法律でほぼ同様の規定が置かれているのだが、ここでは実際に争われることの多い著作権法を例にして説明することにする。

ただ、その前に、さらにもう一点の指摘が必要である。テレメディア法11条3項は、14条や15条5項は「主としてテレコミュニケーション・ネット上の信号の伝達に携わるテレメディア」には適用されないと規定しており、これにより、15条5項4文で準用される場合を含む14条2項（から現在の5項）は、アクセス・プロバイダには適用されないと解されている。アクセス・プロバイダには、テレコミュニケーション法（Telekommunikationsgesetz）上のデータ保護規定が適用される<sup>7)</sup>。そのテレコミュニケーション法は、法律に基づく場合にデータの第三者提供を認めている（固定データについて95条1項3文、通信データ（説明は後述）について96条1項2文）のだが、通信の秘密にかかる情報については、その法規定は「テレコミュニケーション過程に明示的に言及する」必要がある（88条3項3文）。後述の著作権法101条など、知的財産権侵害の場合の情報開示請求を根拠づける条文はこの要件を満たすので<sup>8)</sup>、結局この場合には、請求相手がホスト・プロバイダであってもアクセス・プロバイダであっても請求の要件や手続は変わらない。

## 2 著作権法101条

インターネット上の匿名表現で著作権を侵害された者が、その表現者を特定するための情報開示をプロバイダに対して求めるための規定は、著作権法（Urheberrechtsgesetz）101条2項、特にその3号である。同条は、2004年の「知的財産権の実現のための EC 指令（Directive 2004/48/EC）」

---

7) Vgl. BT-Drs. 16/3078, S. 15f. (2006); Schmitz, (Anm. 5), Rn. 43, 48, 67 (S. 494f., 498); Spindler/Nink (Anm. 6), TMG § 11, Rn. 28 (S. 2057f.).

8) Vgl. Jens Eckhardt, TKG §§ 68-88, Rn. 51, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4. Aufl. 2019, S. 1998.

の国内法化の一環として立法された。同法101条1項は、著作権侵害者に対する情報開示請求権を定めるが、一般的にはプロバイダ自身は著作権侵害者ではないため、この規定は使えない。101条2項が権利侵害者以外に対する情報開示請求権を定める。本稿との関係で問題となる規定を試みに訳すると、次のようになる。

#### 101条1項

著作権又はこの法律により保護されるその他の権利を、事業としての規模で (in gewerblichem Ausmaß) 違法に侵害した者は、被侵害者から、権利を侵害する複製物やその他の製作物の製造と販売路について、遅滞なく情報を提供するよう請求され得る。事業としての規模は、権利侵害の数量と権利侵害の重大性の双方から示される。

#### 2項

その請求権は、1項に関わらず、明白な権利侵害の場合 (In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung), 又は被侵害者が侵害者に対して訴えを提起している場合には、事業としての規模で (in gewerblichem Ausmaß)

1. 権利を侵害する複製物を所持していた者
2. 権利を侵害するサービスを要求した者
3. 権利を侵害する行為に使われたサービスを提供した者、又は
4. 1号、2号もしくは3号で示された者の指示により、そのような複製物、その他の製作物もしくはサービスの製造、製作もしくは販売に参加した者

に対しても存在する。ただし、民事訴訟法383条から385条までに従い、侵害者に対する訴訟において証言拒否権を有する者は、この限りでない。……

#### 4項

1項及び2項による請求は、それが個別事例において比例性を失っている (unverhältnismäßig) 場合には、認められない。

7項

明白な権利侵害の場合には、情報提供の義務付けは、民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) 935条から945条までによる仮処分によって命じることができる。

9項

情報が、通信データ (テレコミュニケーション法3条30号) を使ってのみ提供することができる場合には、その提供のためには、被侵害者からの申立てによる、通信データの利用の許容性についての裁判官の事前の命令を必要とする。……この手続のためには、家事事件及び非訟事件手続法 (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) の諸規定が準用される。裁判官の命令のための費用は、被侵害者が負担する。……

10項

9項と結びついた2項により、通信の秘密の基本権 (基本法10条) が制約される。

プロバイダは通常、2項の列挙者のうち3号に該当する<sup>9)</sup>。この9項にある「通信データ (Verkehrsdaten)」とは、テレコミュニケーション法3条30号によれば「テレコミュニケーション・サービスを提供する際に取得され、処理され、又は利用されるデータ」のことである。つまり、通信の際に発生する諸データであり、基本法10条1項が定める通信の秘密に属する<sup>10)</sup>。著作権法は、そのようなデータの提供には裁判官の命令を求めているのである。

---

9) Jörg Wimmers, §101, Rn.54, in: Loewenheim/Leister/Ohly, Urheberrecht Kommentar, 5.Aufl., 2017, S.2492.

10) Thorsten Ricke, TKG § 3, Rn.58, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4.Aufl. 2019, S.1678. インターネットにかかる通信については、テレメディア法にいう利用データとほぼ重なる。

### 3 実体的要件について

本規定中で、権利侵害者以外への情報開示請求の実体的要件として注目すべきなのは、権利侵害の明白性と「事業としての規模」の要請である。まず前者について述べる。ドイツでも日本と同様、被告を特定しないままでの訴訟提起は認められていないから、匿名表現についての情報開示を求める際には、すでに訴えを提起している場合という要件は意味をもたず、実際には「明白な権利侵害」が要件となる。単なる権利侵害ではなく要件を加重する理由として、政府による提案理由は以下のように説明していた。権利者は、侵害者を探し出すための情報を得る「正当な利益」を有しうる。「他方、……明白性という制限的メルクマールによって、第三者は権利侵害が存在するかどうかの審査の負担から解放される。なぜなら、第三者の不当な負担が生じていないと見られるほどに明確である場合に初めて、明白な権利侵害と言い得るからである。このような場合には、第三者からその情報が提供される侵害者も、もはや保護には値しない。事実面だけではなく法的な側面でも、疑いがあれば権利侵害の明白性が否定されるのであるから、なおさらである。」<sup>11)</sup>

ここでは、権利侵害の明白性要件の背景に、個別事例についての判断材料をもたないプロバイダなどの第三者を、権利侵害の有無を判断する負担からできるだけ解放すべきであるという考慮と、権利侵害者の保護の必要性への配慮が存在することが示されている。この段階では、権利侵害の有無について確定的な判断はできないのであるが、それでも権利侵害が明白だと言えるのであれば、もはや権利者の「正当な利益」と比較して侵害者の匿名性は保護に値するとは言えないということであろう。

日本との関係では、この権利侵害の明白性要件の解釈が関心を引くところであるが、同条の実際の運用においては、この要件よりも、「事業とし

---

11) BT-Drs. 16/5048, S.39 (2007). 当該箇所は、同時に提案された特許法の対応条文についての説明であるが、著作権法101条の理由説明で同趣旨だとして参照が求められている (S. 49)。

ての規模」要件の方が争いの対象となった。それは、政府の提案理由が、この「事業としての規模」要件を、条文上明確な第三者に対してだけでなく、侵害者についても求めていたからである。つまり、2項の請求権も、1項のいう「事業としての規模」での権利侵害を受けた者にものみ発生するとの解釈である<sup>12)</sup>。第三者として想定されるプロバイダは、アクセス・プロバイダであれホスト・プロバイダであれ、通常「事業としての規模」を肯定することができよう。特許権や商標権など、他の知的財産権の場合には、侵害者にも「事業としての規模」に至る権利侵害を認めることができる場合が多いといえる。しかし、ネット上で表現活動をしている者の多くは、それを「事業」として行っているわけではないから、盗用などで「事業としての規模」の権利侵害が生じたとはいにくい場合が多い。だが、インターネットは、まさにそのような一般人に表現の場を広げた点で大きな意義をもつのであり、そのような一般人がこの制度から除外されるのであれば、せっかくの第三者への情報開示請求制度の意味が大きく損なわれてしまうのではないか。

だとすると、政府解釈に従うのであれば、権利侵害に求められる「事業としての規模」を寛大に解することが求められることになる。あらかじめ法施行後のこの要件の顛末について述べておけば、下級審は大体において政府解釈に従いつつも、この要件の理解について立場が分かれ、その結果、著作権侵害を理由とするプロバイダへの情報開示請求が認められるかどうかの判断に、裁判所間で大きなばらつきが生じてしまった。これに対し連邦通常裁判所は2012年に、政府解釈に従わず、開示請求に「事業としての規模」での権利侵害の要件は必要ないとの解釈を示し、議論を決着させたのである<sup>13)</sup>。

本決定は、101条2項の請求権は同条1項の請求権とは目的を異にして

---

12) BT-Drs. 16/5048, S.49.

13) BGHZ 195, 257. 本決定は、本文で述べた意見の対立状況について詳しい説明を含む(258-61)。

おり、1項の要件を引き継ぐ必要はないとする。第三者への情報開示請求権は、なによりもインターネット上の匿名のコミュニケーションから生じる弊害に対処するために設けられた権利であり、その目的に適合的なかたちで解釈しなければならない。2項の情報請求権は、権利者が差止めや損害賠償といった本案の請求をするために事実上必須の権利であり、政府解釈は「インターネット上の権利侵害に実効的に対処するという法律の目的に反する」。さらに同決定は、他の知的財産権についての同様の条文については政府解釈を肯定しつつも、著作権については事情が異なるという。著作権の保護は、特許権などとは異なり、事業だけではなく「私的領域での活動」にも及ぶからである<sup>14)</sup>。

こうして連邦通常裁判所は、著作権の権利の性質とインターネット上でその権利実現のための必要性を主な理由として、権利者についてはその侵害程度に限定を加えることなく、プロバイダへの情報開示請求権を認めるとの立場を明確に示した。この解釈は、学説でも基本的に肯定的に受け取られている<sup>15)</sup>。既述のように、第三者たるプロバイダには通常「事業としての規模」が認められるため、この要件は実際に開示請求を限定する意味をほぼ失ったことになる。

なお、著作権法101条は、以上検討した2要件に加え、4項で比例性も要求している。この要件により、情報開示の判断にあたっては、単に1項・2項の要件が満たされているかだけではなく、当事者間の利益状況全般の考慮が求められることになる<sup>16)</sup>。2012年の連邦通常裁判所決定によって、

---

14) BGHZ 195, 257 (262-66).

15) Vgl. z.B. Karl-Heinz Ladeur, Anmerkung, NJW 2012, S.2963; Frederik Bockslaff/Ringo Krause, Anmerkung, MMR 2012, S.693; Moritz Hennemann, Anmerkung, JZ 2012, S.1025. 権利者から裁判所への開示請求の増加と他の関係者の権利の軽視への懸念を示すものとして、Thomas Nietsch, Anmerkung, CR 2012, S.602. 立法者意思から離れた解釈を行うことを明確に批判するのは、Lampert Grosskopf, Anmerkung, CR 2013, S.468 (別の通常裁判所決定への評釈).

16) Wimmers (Anm.9), Rn.90 (S.2501).

個人の著作物の一回的な盗用なども第三者に対する情報開示請求の対象となることになったため、この比例性要件の意味が増すとの指摘もあった<sup>17)</sup>。

#### 4 裁判手続に関する規定

さらに101条は、裁判手続との関係で、仮処分による開示を認める7項と、通信データについての裁判官留保を定める9項という2つの条文を有する。7項は、明白な権利侵害の場合に仮処分による情報開示を認めるが、第三者に対する開示請求においては、これは実体要件と重なる。この手続で開示を求められることの大きな効果は、その迅速性と、証明の程度が疎明 (Glaubhaftmachung) で済むことである (民事訴訟法936条で準用される同法920条2項)。しかし、疎明の対象は明白な権利侵害であり、事実および法の両面において疑いなく権利侵害が発生しているといえる必要はある。「権利侵害の蓋然性が高いというだけでは不十分である。権利侵害以外の判断はほぼ不可能だと思えなければならない」<sup>18)</sup>。仮手続でここまで心証を形成させられるのであれば、第三者や表現者の本案審理を求める利益はもはや保護に値せず、迅速な情報開示への権利者の利益を優先してよいとの判断であろう。ただし、この7項の規定は、実際には、侵害者特定のためには多くの場合に通信データの取得が必要になり、そのためには9項による必要があるという事情により、大きな意味をもたない。

その9項は、通信データについては第三者からの任意開示を禁止し、裁判官の命令による開示を求めている。プロバイダへの情報開示請求は、通常この通信データを含むから、常に裁判所への請求が必要となる。このような裁判官留保は、しかしながら基本法上必ずしも求められているわけではない。政府の提案理由は、この点を「通信データの特別の要保護性への配慮と、インターネット・プロバイダや電気通信企業を、明白な特許権侵

---

17) Reno Mantz, Kommentar, K&R 2012, S.668, 669.

18) Wimmers (Anm.9), Rn.94 (S.2502f).

害（直接には特許法についての説明箇所のため。注11）参照——引用者注）が存在するかどうかの審査の負担から解放するため」としている<sup>19)</sup>。つまり、通信の秘密という基本権の侵害となる可能性のある通信データ開示については、プロバイダから、権利侵害の明白性について法的責任を負うかたちで独自に判断する負担をなくすことも、同規定の目的とされているのである。結局プロバイダとしては、裁判所の判断に従えばよいということになる。同項は、裁判費用は常に被害者、つまり命令の申立人が負担すると規定しており、プロバイダが争うインセンティブを、金銭面でも意図的に消失させている<sup>20)</sup>。しかし、そうすると、情報開示請求においては両当事者の対立構造が著しく薄まることになる。そこで、同項は家事事件及び非訟事件手続法を準用するよう規定する。同法を準用する主な目的は、職権探知主義の全面的採用にある（家事事件及び非訟事件手続法26条<sup>21)</sup>）。裁判所は、主張立証活動を両当事者に委ねることなく、自ら積極的に事実認定に必要な資料の収集などを行わなければならない。

なお、後に連邦通常裁判所は、本項の職権探知主義の採用は、「命令の際には知られておらず、連絡するための情報がないのでその者に対して民事上の手続を開始することができない、情報の当事者の保護」のためでもあると述べている<sup>22)</sup>。情報の主体が裁判手続に参加できないという問題点が意識されており、裁判所は手続を進めるにあたり、その者が不当な不利益を受けないように配慮する必要があるのである。

9項で家事事件及び非訟事件手続法が準用される場合にも、仮処分による情報開示が認められるか否かについて、法律は明確に規定していない。裁判例は、一般に否定的である。理由としては、仮の決定によりデータが

---

19) BT-Drs. 16/5048, S.40.

20) 被害者はいったんこの裁判費用を負担するが、後に、開示された情報で特定した侵害者に対する訴訟において、訴訟準備のためにかかった費用として、侵害者に対しその費用額の支払いを求めることができる。BGH, NJW 2015, S.70.

21) Wimmers (Anm.9), Rn.124 (S.2510f.)

22) BGH GRUR 2017, S.1236 (1239).

開示されれば、本案手続が意味を失ってしまうこと、にもかかわらず仮手続では申立ての相手方の手続保障が不十分にとどまることが挙げられている<sup>23)</sup>。明確な法規定がない以上、仮手続の一般的な性質論から結論が導かれるということになるのだろう。こうして9項の開示を仮手続で迅速に進められないことから、申立人は通常、裁判所に、プロバイダに対し対象となる情報を廃棄せず保全するよう求める仮命令を出すことを求めることになる<sup>24)</sup>。

先に「事業としての規模」の解釈の箇所でも取り上げた2012年の連邦通常裁判所決定は、通信データの開示が基本法違反にあたらぬかどうかについても判断し、合憲との立場を示していた。同決定は、ここではさほど厳格なデータ保護は必要ないという。求められているデータが広範なものではなく特定の接続に限定されており、人物のプロフィールを作れるようなものではないからである。たしかに匿名性は制約されるが、「法治国家において、インターネットが法から自由な空間を形成することは許されない」ため、権利侵害行為の特定人への帰責を可能とすることは正当な目的である。匿名性を破るためには重大な法益侵害が必要だというべきであるが、101条が定める諸要件はそれを満たしている。同決定は、この合憲性判断において、権利侵害の明白性という実体要件とならんで、憲法上求められないのにあえて立法者が導入した9項の裁判官留保に注目している<sup>25)</sup>。

---

23) OLG Köln, CR 2009, S.107 (109); OLG Karlsruhe, CR 2009, S.806 (807); OLG Frankfurt, CR 2010, S.99 (100). Vgl. Gerald Spindler, §101 UrhG, Rn. 22, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4.Aufl., 2019, S.2609.

24) Vgl. Wimmers (Anm.9), Rn.126 (S.2511); Spindler (Anm.23), Rn.24 (S.2611f.). この仮命令のためには、情報開示のための要件の存在が疎明される必要がある。Vgl. OLG Karlsruhe, CR 2009, S.806 (808); OLG Hamburg, CR 2010, S.363 (365). 連邦通常裁判所は、仮命令による情報保全を認める立場を示している。BGH, GRUR 2017, S.1236.

25) BGHZ 195, 257 (273-76).

### Ⅲ 人格権侵害に対する発信者情報開示請求の導入

#### 1 法改正までの経緯

このように、インターネット上での著作権などの知的財産権侵害に対しては、侵害者を特定するための発信者情報開示請求が認められたのだが、その際、名誉毀損やプライバシー侵害といった人格権侵害についてはそれに対応する法改正は行われなかった。テレメディア法14条2項が情報開示を限定的に認める規定であることからして、列挙事項に人格権侵害がないことは、その場合の情報開示を許さない趣旨であるとの理解が一般的であった。また、テレメディア法12条2項は、個人データの目的外利用を、同法が定める場合以外には「テレメディアに明示的に言及する他の法規定」による場合に限定しており、人格権侵害の場合にはそのような法律も存在しない。また、上記のとおり、これらの規定はアクセス・プロバイダには適用されないが、アクセス・プロバイダに適用されるテレコミュニケーション法も、通信の秘密にかかる通信データの第三者提供は「テレコミュニケーション過程に明示的に言及する」法律による場合にしか認めていない（88条3項3文）。人格権侵害の場合には、これに相当する法律は存在しない<sup>26)</sup>。

さらに連邦通常裁判所は、2009年に、匿名で書き込める教師評価サイトの合法性を審査した際に、匿名表現の価値を重視する判示を行っていた。この判決自体は別稿で取り上げたので<sup>27)</sup>、ここではこの判示のみ再述する。「匿名での利用は、インターネットに内在的なものである（dem Internet immanent）」。「意見表明の自由を特定個人に帰属させようとする言明にのみ限定することは、基本法5条1項1文に合致しない。名前を名乗って意

---

26) 毛利前掲注(4)76頁参照。テレメディア法に14条3項から5項が追加された後の、アクセス・プロバイダに関する事情については、後注(41)を参照のこと。

27) 毛利前掲注(4)70-72頁参照。

見を述べるよう義務づけることは、個人が報復やその他の否定的反応を恐れて、意見を言わないよう決断するという危険を生むであろう」。匿名表現に及ぶ意見表明の自由の保護により、この「自己検閲の危険」に対処する必要があるのである。同判決は、まさにこのような匿名表現の保護のための法規定として、テレメディア法諸規定を挙げていた<sup>28)</sup>。

本判決は、人格権侵害そのものが対象になった事案ではないが、通常裁が匿名表現保護を重視しており、当時の法において人格権侵害に対する第三者への情報開示請求が認められていないことに特に問題意識を抱いていないことを推測させるものであった。

しかしながら、インターネット上の匿名での人格権侵害に対してプロバイダに発信者の情報開示を求められないという法状況に対しては、次第に批判が高まっていった。特にこの問題への注目を高めたのは、2012年のドイツ法曹大会にゲラルド・シュピンドラーが寄せた「インターネットにおける人格権保護——規制の必要性と限界」と題する鑑定意見書である。その中でシュピンドラーは、人格権侵害に対して侵害者についての情報開示請求が認められていないことを厳しく批判したのである。「権利者の諸要求の実現のためには、著作権法101条に相当する、著作者の特定性を明かすことを目的とする、インターネットの媒介者に対する情報開示請求の導入が必要である」。匿名性を厳格に守っているのは、被害者の権利救済が図れない。しかし、シュピンドラーは、同時に情報開示が行き過ぎることへの懸念も理解し、次のように述べていた。「濫用を防ぐため、とりわけ政治的・民族的又は宗教的に反発を呼ぶ言明に対する情報開示請求を防ぐため、著作権法101条9項、10項のように、情報開示請求に裁判官留保を付けるべきであろう。そうすれば、必要とされる利益衡量により、そのような意見の保護を、同時に関係者の利益を守りつつ、達成することができるだろう」<sup>29)</sup>。

---

28) BGHZ 181, 328 (341f).

29) Gerald Spindler, Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen ↗

シュピンドラーは、匿名表現の価値を認めつつも、人格権保護とのバランスの観点からは、著作権法類似の第三者への情報開示請求権を創設すべきであるとの立場を示したのである。学説からは他にも同様に、匿名表現の価値を認めつつも、現状は人格権保護に欠けるところが大きすぎるとの主張が寄せられた<sup>30)</sup>。

そして、そのような動きを大きく後押しすることになったのが、皮肉にも、ネット上での匿名の人格権侵害についての情報開示請求が認められないことを確認した、2014年の連邦通常裁判所判決であった<sup>31)</sup>。同判決は、法解釈としてはこの結論を確認しつつ、その法政策としての妥当性に正面から疑問を投げかけたのである。まず同判決は、民法242条の信義誠実条項（「債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義が要請するところに従って給付を行う義務を負う。」）により、債務者（この場合はプロバイダ<sup>32)</sup>）には、債権者（この場合には人格権侵害を受けた被害者）の権利侵害に関し第三者（この場合は権利侵害者）についての情報をも債権者に対して開示する義務が発生することがあり得ることを認める。しかし、このような民法上発生しうる情報開示請求権は、テレメディア法の規定により、データ保護の観点から認められない。テレメディア法12条2項は、同法が認める場合以外の個人データの目的外利用を、「テレメディアに明示的に言及する他の法規定」

---

↘ einer Regulierung, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, 2012, S.F1, F111f. シュピンドラーはゲッティンゲン大学教授で、日本では会社法の研究者として知られているが、インターネット関連など情報法についての第一人者でもある。

30) Vgl. z.B. Ansgar Ohly, Verändert das Internet unsere Vorstellung von Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht?, AfP 2011, S.428, 436f.; Dirk Heckmann, Persönlichkeitschutz im Internet, NJW 2012, S.2631, 2632f.; Anne Lauber-Rönsberg, Rechtsdurchsetzung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, MMR 2014, S.10, 13f.

31) BGHZ 201, 380.

32) 被害者がプロバイダに対し、違法言論の差止請求権を有することが、両者の債権債務関係を形成する（BGHZ 201, 380 (382)）。テレメディア法が定めるプロバイダの免責条項の効力は、差止請求には及ばない（7条3項）。毛利前掲注（4）53頁以下参照。しかし、アクセス・プロバイダについては、2017年のテレメディア法改正で新たな規律がなされている。後注（41）参照。

による場合に限定しており、民法はそれに当たらない。さらに、テレメディア法内の規定において立法者は、意識的に14条2項に人格権侵害の場合を入れなかったのであり、裁判所が解釈でそれを追加することはできない。そのうえで、裁判所は判決を次のように締めくくった。「情報提供を求める権利を知的財産権の権利者に限定することは、たしかに理解しがたく、……人格権侵害の場合にも拡大することが望ましいのかもしれない。しかし、そのような規律は立法者が行わなければならないものである」<sup>33)</sup>。

最高の裁判所によって「理解しがたい (wenig nachvollziehbar)」と評されることにより、匿名の人格権侵害についてプロバイダに対する情報開示請求を認めない法状態の正当性は、大きく揺らぐことになった。通常裁は、たしかに匿名表現の憲法上の価値を認めていたが、それでも、匿名の人格権侵害の場合に被害者に侵害者特定の可能性を与えないのは人格権保護に欠けるところが大きすぎると考えたのであろう。こうして通常裁は、「ボールを立法者のフィールドへ蹴り返した」<sup>34)</sup>。そして、2017年の NetzDG 制定と同時に、人格権侵害の場合にも第三者への情報開示請求権を認めるテレメディア法改正が図られることになる。

## 2 テレメディア法改正

テレメディア法を改正する政府案は、シンプルであり、テレメディア法14条2項の「知的財産権」という言葉の後に「又はその他の絶対的に保護される権利」と追加するだけのものではあった<sup>35)</sup>。人格権は誰に対しても主張可能な絶対権であるから、これでデータ保護上の開示禁止はなくなり、

---

33) BGHZ 201, 380 (381-86). 本判決は、末尾の事実上の立法要求まで含めて、総じて肯定的に受け止められている。ただ、Karl-Nikolaus Peifer, *Auskunftsansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, NJW 2014, S.3067, 3069 は、人格権侵害の違法性判断が著作権侵害の場合よりも文脈依存的で困難であることを指摘し、情報開示制度の構築に慎重さを求めている。

34) Christoph Palzer, *Anmerkung*, MMR 2014, S.706, 707.

35) BT-Drs. 18/12356, S.10 (2017).

実体法上の根拠があればプロバイダに対する開示請求が可能になる。その根拠としては、上記した判決で認められていた信義誠実原則が主に予定されていた。

このような単純な規定で人格権侵害についての第三者への情報開示請求が可能となると、これまでとは全く逆に、人格権侵害の方が著作権侵害よりもはるかに簡単に情報開示を請求することができるようになる。これに対し強い反対意見を示したのが、またもシュピンドラーだった。彼は、上記した2009年の連邦通常裁判所判決を引いて匿名表現の要保護性を示しつつ、この規定のままでは「意見表明への威嚇効果が生じることが明らかだ」とする。あらゆる絶対権侵害について開示請求を認めるのは、範囲を広げすぎである。さらに「関係者の基本権の手続法的確保」のために、著作権法101条9項と同様の裁判官留保を取り入れる必要がある<sup>36)</sup>。この改正案に対しては、連邦参議院も、開示範囲を広げすぎではないかという懸念を表明した<sup>37)</sup>。

このような批判を受け、議会審議の中で、この情報開示請求権についての規定には大きな修正が加えられることになった。14条2項への加筆はなくし、新たに3項から5項を加えることになったのである。成立した条文は以下のとおりである。

#### 14条3項

サービス提供者は、それ（2項の規定——引用者注）以外に、個別事例において、NetzDG 1条3項に規定された違法な内容により絶対的に保護される権利が侵害されたことに対する民事上の請求の実現のために必要となる限りで、自己の有する固定データについての情報を提供してよい。

---

36) Gerald Spindler, Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, S. 473, 486f. Vgl. auch Thorsten Feldmann, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, S.292, 293f.

37) BR-Drs. 315/17, S.18f. (2017).

#### 4 項

3項に基づく情報提供のためには、被侵害者からの申立てによる、情報提供の許容性についての事前の裁判所の命令が必要である。……この手続には、家事事件及び非訟事件手続法の諸規定が準用される。裁判官の命令のための費用は、被侵害者が負担する。……

#### 5 項

サービス提供者は、4項に基づく手続に参加人として参加が求められる<sup>38)</sup>。その者は、手続の開始について利用者に知らせてよい。

5項でいう「利用者」とは、ネット上で問題とされる情報発信を行った者、つまり求められている情報の主体のことである<sup>39)</sup>。なお、これらの項は15条5項での準用対象ともされ、ネット上の個人データ全般が開示対象となる。

### 3 新設条文の解釈

議会ででの修正により、開示対象となる権利侵害の範囲が限定され、さらに全面的に裁判官留保が取り入れられた。まず前者について言うと、情報開示対象となる権利侵害が、この法改正と同時に成立した NetzDG の規律対象と重ねられることになった。NetzDG は、1条3項に掲げる刑法条文に該当する違法表現につき、苦情があった場合には迅速に削除するよう SNS に求めることを主要内容とする。私人から SNS などプロバイダに対する、表現者についての情報開示請求権も、この違法表現の範囲に限定されることになったのである。とはいえ、同項に掲げる刑法条文の数は多く、名誉毀損関連規定 (185-187条) や民衆扇動罪 (130条) のほか、違憲な組織のプロパガンダ手段の製造や頒布などを禁じる86条、国家を脅かす

---

38) 家事事件及び非訟事件手続法は、原告と被告という当事者対立構造をとっておらず、申立人もその相手方も「参加人」とされる。同法7条。

39) Schmitz (Anm.5), Rn.63 (S.498).

重大な暴力行為の準備を禁じる89a条，犯罪行為の扇動を禁じる111条，犯罪行為を目的とする結社の結成やそれへの参加を禁じる129条，残虐な暴力表現を禁止する131条，他者の宗教・世界観に対する誹謗を禁じる166条，ポルノグラフィの頒布などを禁じる184条などが含まれている<sup>40)</sup>。ただ，情報開示請求は，これらの中でも，それにより個人の絶対権が侵害される場合のみ認められるので，国家や社会的法益に対する罪は基本的にその対象とならない。情報開示との関係で問題となるのは，やはり主に名誉毀損に関連する規定である。130条の民衆扇動罪や166条の他者の宗教・世界観に対する誹謗を禁じる規定も，問題となる表現内容が特定人に向いている場合には情報開示請求の根拠規定となりうる。

このように，情報開示請求の範囲が NetzDG と関連づけられたのは，法案修正を提案した委員会報告によれば，「データ提供を重大な人格権侵害の場合にのみ許す」ためである。データ保護の必要性との衡量から，刑法犯に値するといえるような言論のみを開示の対象にすることになった。たしかに，著作権侵害の場合のような権利侵害の明白性まで求められているわけではないが，情報開示を広く認めすぎることへの批判を受けて，軽微な権利侵害だけでは根拠として不十分であるという姿勢が示されたのである。他方，開示請求のためには，テレメディア法とは独立に，実体法上の請求権の成立が必要となるが，「重大な人格権侵害」の場合には，通常は上記の民法242条を使った請求権の成立を肯定できるだろうから，実際の事件においてはやはりこのテレメディア法の要件が決定的な意味をもつことになる<sup>41)</sup>。

---

40) 鈴木前掲注 (3) 583-84, 589頁参照。

41) ただし，2017年の別のテレメディア法改正で，アクセス・プロバイダについては現在の8条1項2文が追加され，同項1文の免責要件が満たされる場合には，7条3項にかかわらず，差止請求権も成立しないとされた。知的財産権侵害については，7条4項に実質的に代償となる規定があるが，人格権侵害にはそれに当たる規定もない。Vgl. Gerald Spindler, TMG §8, Rn.18, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz Kommentar, 2.Aufl., 2018, S.307; Helmut Hoffmann/Christian Volkman, ↗

さらに、情報開示の適正さを「手続法的に確保する」ために裁判官留保が導入される。委員会報告は、裁判による情報開示のみを認める趣旨につき、次のように説明する。「ここで扱う諸事例においては、主張される権利侵害がしばしば激しい討論や論争の文脈の中で生じうるがゆえに、このような保障が必要である。したがって、問題となる状況は、著作権のような他の分野における固定データの情報提供とは類似していない。問題状況は、基本法5条1項によって保障される意見表明の自由の行使の中核領域に関連する。裁判官留保は、この狭く限定された、特に基本権上敏感なコミュニケーションの分野における意見表明の自由の行使への萎縮効果を防止するだろう。特に討論や議論への参加者には、サービス提供者が拙速に、裁判官の審査なく、ときには第三者の誤った申立てに基づいて自分たちの匿名性を暴いてしまうという不安が与えられるべきではない」<sup>42)</sup>。

著作権法101条9項の裁判官留保の理由としては、プロバイダを判断の負担から解放することが重視されていたが、テレメディア法14条4項の同様の制度の趣旨としては、むしろ匿名表現者の自由の保護が前面に押し出

---

↘ TMG §8, Rn.31, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4. Aufl., 2019, S.2163f. したがって、アクセス・プロバイダに対しては、信義誠実な債務の履行を求める前提となる債権債務関係が成立しないことになる。また、アクセス・プロバイダには、データ保護についてはテレコミュニケーション法が適用されるが、同法にはテレメディア法14条3項から5項の追加に相当する改正はなされていないから、通信の秘密にかかる情報について同法のデータ保護の例外を認める法律規定は、依然として存在しない。結局、人格権侵害の場合には、現在でもアクセス・プロバイダへの発信者情報開示請求はできない。この点の改正を、開示理由の拡大とともに求める論稿として、vgl. Marc Bohlen, Der zivilrechtliche Auskunftsanspruch bei der Bekämpfung von Hass im Internet, NJW 2020, S.1999, 2004.

アクセス・プロバイダへの開示請求ができないままであるという法状態がさほど深刻に受け止められていないのは、ドイツで人格権侵害が特に問題となる SNS については、利用者登録のデータにより SNS への請求だけで表現者が特定できる場合が多いからではないかと推測する。

42) BT-Drs. 18/13013, S.23f. (2017).

されている。上記のとおり、立法者はこの相違を明確に意識していた。テレメディア法の裁判官留保の対象が、著作権侵害の場合とは異なり、データの種類で限定されていないことも、およそ表現者特定を許すことがもつ表現活動へのインパクトを考慮しての判断だと理解可能であろう。人格権侵害との緊張関係は、政治的論争といった意見表明の自由の「中核領域」に関連する。立法者は、それでも一定の場合には匿名表現者についての情報開示を認めることを決断した。だが、著作権侵害とは異なり、人格権侵害は政治性を有する「激しい討論や論争」の中で発生することが多く、その違法性判断が困難な場合が多い。したがって、政治的論争という「敏感な」分野での発言が萎縮しないように慎重な手続が求められる。この改正理由説明は、匿名表現が政治的論争への参加を促すことを肯定的にとらえ、私企業の判断により匿名性が「拙速に」剥奪される危険がもたらす議論への萎縮効果を避ける必要があると考えているといえる。裁判では、著作権侵害の場合と同様、家事事件及び非訟事件手続法が準用されるが、裁判所が職権探知主義により手続を進める際には、著作権侵害の場合にもまして、参加人として現れない匿名表現者の利益が不当に害されないよう注意する必要があるということになる。

著作権法101条と対比すると、テレメディア法14条3項－5項には、諸利益の全体的な比例性判断を求める条文と仮処分による情報開示についての条文が欠けている。ただし、テレメディア法での規定は、あくまでもデータ保護の例外としてのデータ提供を許す要件について定めるものであり、情報開示請求を積極的に根拠づける趣旨ではない。現状では、著作権法101条に該当する実体法上の特別規定は、人格権侵害の場合には存在せず、被害者にプロバイダに対して違法表現の発信者についての情報開示を求める請求権が成立するかどうかは、民法の、特に242条の信義誠実条項の解釈によることになる（ただし、後述の連邦通常裁判所決定に注意）。仮処分の許容性についても、特別の条文がない以上仮手続の一般的な理解によって判断することになるが、著作権法101条9項について述べたのと同

様の理由で、一般には認められないことになろう。

#### 4 連邦通常裁判所による最初の解釈

このようにして、2017年のテレメディア法改正で、匿名での人格権侵害に対する情報開示請求権が認められた。しかし、当時から、この規定を含むテレメディア法のデータ保護関連規定全体について、2018年5月施行のEU一般データ保護規則との関係が議論されていた。本規則はそのまま国内で適用でき、しかもEU法として各国の法律よりも適用において優越する。データ保護について同規則が包括的に規定しているとすれば、テレメディア法のデータ保護関連規定は適用できないことになるのではないか<sup>43)</sup>。法規定の存在意義自体に関わるこの問題について、連邦通常裁判所は、2019年の決定で、同法14条3項から5項の適用はEU一般データ保護規則によって排除されないという解釈を示した<sup>44)</sup>。同条項はEU法に反するわけではなく、同規則が各国で定めることを許容している民事上の請求の実現のためのデータ提供の規律(同規則23条1項j号)だと言える。ただし、同決定は、当該規定はEU法適合的に解釈する必要があるとし、同規則23条1項が、「基本権と基本的自由の中核内容を尊重し、民主主義社会において必要かつ比例性をもった措置である」といえる法律によってのみデータ保護への制約を認めていることからして、個別事例において法定の要件の判断だけではなく、関係当事者の諸利益の全体的衡量が必要だという立場を示唆している<sup>45)</sup>。もしこのような比例性も情報開示の要件と

---

43) 電子メディアに関する諸法についての包括的なコンメンタルの最新版, Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien Kommentar*, 4.Aufl., 2019 は、テレメディア法のデータ保護関連規定はすべてEU一般データ保護規則によって適用できなくなったとして、注釈を省いている(Judith Nink, §§11-15 TMG (S.2189-92))。このようなコンメンタルの利用者が、関連法規について包括的な知識を得ることを期待していることからして、有権解釈が定まらないうちにこのような著述方針をとるのは、遺憾なことである(と、高価なコンメンタルを買った後で当該箇所の説明省略に愕然とした私は思う)。

44) BGH, NJW 2020, S.536.

45) BGH, NJW 2020, S.536 (539-42)。「示唆している」というのは、当該事例の判断には必

されるのであれば、人格権侵害の場合には明文で求められていない、著作権法101条4項に対応する比例性要件が加わることになる。

同決定はその他にも、テレメディア法改正が NetzDG と同時になされたことから生じた解釈問題を解決した。NetzDG の規律対象となっている SNS には限定がかかっているところ（1条1項, 2項）、テレメディア法14条3項－5項の情報開示請求の相手方にも同様の限定がかかるとの主張が退けられ、テレメディア法にいう「サービス提供者」はすべて相手方となりうるとされた。そう解さなければ、2014年の通常裁判決の事案が開示請求の対象とならないということが理由の一つとされており、同裁判所が、テレメディア法改正は自身の判決中での事実上の立法要請に対する対応としてなされたという認識をもっていることが示されている<sup>46)</sup>。

## 5 キュナスト事件

テレメディア法14条3項－5項の適用はまだ始まったばかりであるが、対象を刑法犯罪という「重大な人格権侵害」に絞ったとしても、ある表現がそれに該当するか否かの判断が簡単にはいかないであろうことは、上記の委員会報告での自認をみるまでもなく明らかである。侮辱罪（刑法185条）や民衆扇動罪（130条）などの成立要件は、とりわけ連邦憲法裁判所の判例により、意見表明の自由（基本法5条1項）との関係で限定的に解されており、個別事例において明確に判断することは困難なことが多い<sup>47)</sup>。

最近、この困難さを典型的に示すような事例が議論を呼んだので、紹介しておきたい。これは、緑の党に属する有力な連邦議会議員レナーテ・キュナストが、フェイスブック上で自身を誹謗するような発言をした者に

---

↘ 要ないとして、裁判所自身の確定的解釈を示さなかったためである。ただし、同規則は法律による制約に比例性を求めているのであって、個別事例のデータ提供の許容性判断の際にも比例性を求めていると直ちに解することはできない。EU 法適合的解釈の名を借りた独自の要件追加を追求しているのではないかと疑われる。

46) BGH, NJW 2020, S.536 (542f).

47) 毛利透『表現の自由』第6章（2008）、『国家と自由の法理論』第15章（2020）参照。

ついでに情報を開示するよう、フェイスブックに求める申立てを行ったのだが、ベルリン地裁はこれを認めなかったという事案である。1970・80年代の緑の党は、小児性愛の非犯罪化を求めており、その過去が現在でも折りにふれ蒸し返されるのであるが、本件もこの過去に関連する。1986年、西ベルリン市議会議員だったキュナストは、他州の緑の党が小児性愛の非犯罪化を求める決議を行ったことへの評価を問われ、「暴力がないなら話は終わりだ。(Komma, wenn keine Gewalt im Spiel ist!）」と発言したとされる。この発言がその後、彼女が小児性愛を肯定していることの証拠として執拗に持ち出されることになる。本件では、フェイスブック上で、キュナストの写真とともに、「暴力がないなら話は終わりだ。ということは、子どもとのセックスは全く OK ということだ。今でもそうだ。」という投稿がなされ、それに呼応するかたちで多くの中傷的言辞のコメントが投稿された。「小児性愛売春婦 (Pädophilen-Trulla)」、 「精神病 (geisteskrank)」, 「汚い豚 (Dreckschwein)」, 「老いて狂った汚いメス豚 (alte perverse Drecksau)」, 「顔に一発食らわしたい。(die Fresse polieren)」 などなどである。キュナストは、これらのコメントをした者の情報開示を求めたのだが、地裁は、すべてを侮辱罪にあたる発言だと認定せず、情報開示請求をまったく認めなかったのである。

地裁はまず、連邦憲法裁判所の判例に従い、多義的表現の解釈において表現者に有利な解釈をとらないためには「説得的な根拠」が必要であること、保護されない誹謗的批判 (Schmähkritik) との分類は、特に公共的問題についての議論においては例外的にしか認められないことなどの一般論を展開する。そのうえで地裁決定は、キュナストの否定にもかかわらず、彼女のかつての発言が暴力なしの小児性愛は許容されるべきだという主張だと受け取られてきたのは事実だとしつつ、それを批判することは許される意見表明だとする。このような批判は彼女自身の発言に起因するのであり、「さらに彼女は政治家として、より強い批判を甘受しなければならない」。そして、このような観点から検討した結果、どのツイートも公共性

ある問題と関連しており侮辱罪には該当しないと判断し、したがって情報開示は認められないとしたのである<sup>48)</sup>。

この決定は、対象とされたツイートが非常に中傷的で攻撃的なものであったため、驚きをもって受け止められた。30年以上前の、しかも趣旨のはっきりしない発言があった（キュナストはその後、小児性愛を容認してはいないと言っている）からといって、これらのツイートがそれへの批判として公共性ある問題にかかわる発言だから許されるということになるのだろうか。ある評釈は、この決定が連邦憲法裁判所の判例の強い影響を受けていると指摘し、まさにそれにより我々に「恐るべきシグナル」を発していると強く批判している<sup>49)</sup>。

この決定はその後、異議申立てを受けて地裁段階で一部のコメントについて情報開示を認めるよう修正され<sup>50)</sup>、さらに高等裁判所でより多くの開示が認められた<sup>51)</sup>。裁判所間で結論の相違が生じることは、ある表現が侮辱罪に当たるかどうか意見表明の自由との利益衡量という難しい判断を含むことからして、十分予想できることではあったが、そのことが社会的注目の高い情報開示請求で早くも現実となったわけである。さらに、実はこの高裁決定は、情報開示を広く認めたい側にとって大して喜べるものでもなかった。上記したコメントのうちでいえば、認められたのは「汚い豚」、「老いて狂った汚いメス豚」とどまり、その他のコメントはやはり侮辱罪にはあたらないとされている。高裁の姿勢も基本的には地裁と変わらず、連邦憲法裁判所の判例に従い、議論の対象が小児性愛処罰の是非という公共性の高い問題であることや、批判の対象が政治家であり、強い批

---

48) LG Berlin, AfP 2019, S.540. 公表された決定文は匿名化されているが、申立人がキュナストであることは多数報道されており、次注のように専門誌でもキュナストの名前が出されている。

49) Dominik Höch, Der „Künast-Beschluss“ zu Schmähkritik, K&R 2019, S.680. メディアの反響についても記述がある。

50) LG Berlin, K&R 2020, S.231.

51) KG Berlin vom 11.3.2020 (10 W 13/20).

判をも甘受すべきであることなどを考慮し、意見表明への保護を広めに認めた。「顔に一発食らわしたい。」というような表現も、コンテキストからして、暴力煽動ではなく強い批判と解すべきとされている。キュナストは、元の投稿やコメントはリベラルや左派への憎悪による個人攻撃だと主張したのだが、高裁は基本的にこの主張を認めなかった。

今後とも、連邦憲法裁判所の表現保護的な判例をふまえた解釈がなされることで、名誉毀損関連罪に該当することを理由とする発信者情報開示請求が認められる余地は、とりわけ政治的な論争に関連してなされたネット上の発言については、かなり限定されることが予想される。だが、このことは一方で、名誉毀損の被害者に実効的救済の途を開こうという立法趣旨と緊張関係に立つことは否定できない。民事の請求を行うために必要な情報開示の条件が刑法上の犯罪に該当することとされているという法律のつくりには、根本的な問題が潜んでいることは否定できず、その妥当性について今後議論が続いていくものと思われる。逆にいえば、現行法は、ネット上の表現者を——とりわけ、行き過ぎた表現がなされやすい論争への参加者を、本人の訴訟参加なしに——特定するためには、たとえ被害者の利益を幾分制約することになるとしても、そのような論争への参加を萎縮させないための慎重な配慮が必要だという考えに基づいているといえるであろう。意見表明の自由の十分な保障という観点から、匿名性自体が保護に値する利益だと認められているのである。

\* 本稿は、科学研究費（基盤研究(C)）18K01385および世界人権問題研究センターのプロジェクトチーム「インターネットと人権」での研究の成果の一部である。